

# ZG\_OBERGERICHT Z2 2023 26 vom 4. Juli 2023

ZG Obergericht, 2023-07-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_obergericht\\_Z2\\_2023\\_26](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_Z2_2023_26)

FR: ZG\_OBERGERICHT Z2 2023 26 du 4 juillet 2023

IT: ZG\_OBERGERICHT Z2 2023 26 del 4 luglio 2023

## Regeste

Massnahmen gemäss Art. 731b OR (Berufung gegen den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 24. Februar 2023) | übriges Gesellschafts/Handelsr

## Erwägungen

### E. 1

Der Gesuchsteller macht im Berufungsverfahren geltend, die Vorinstanz habe mehrfach sein rechtliches Gehör verletzt, da sie sich einerseits mit Vorbringen nicht auseinandergesetzt und andererseits gewisse Beweismittel nicht berücksichtigt habe (vgl. art. 1 Rz 49 f., 52, 54, 56, 58 f. und 62).

#### E. 1.1

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) folgt die grundsätzliche Pflicht der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid sachgerecht anfechten kann. Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 133 III 439 E. 3.3; Steck/Brunner, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 239 ZPO N 10).

#### E. 1.2

Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Nebenintervenientin 1 für deren Tätigkeit gemäss Dispositiv-Ziffer 1.1. einen Vorschuss in der Höhe von CHF 5'000.00 zu leisten. 2. Die Gerichtskosten werden wie folgt festgesetzt: CHF 9'500.00 Entscheidgebühr Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin je zur Hälfte (= CHF 4'750.00) auferlegt und mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss von CHF 17'000.00 verrechnet. Der zu viel bezahlte Betrag von CHF 7'500.00 wird dem Gesuchsteller von der Gerichtskasse zurückerstattet. Die Gesuchsgegnerin hat dem Gesuchsteller den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 4'750.00 zu ersetzen. 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen. " 2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren von CHF 13'000.00 werden dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin je zur Hälfte (= CHF 6'500.00) auferlegt und mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Vorschuss von CHF 13'000.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat dem Gesuchsteller den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 6'500.00 zu ersetzen. 4. Die Parteikosten für das Berufungsverfahren werden wettgeschlagen. 5. Gegen diesen Entscheid mit einem Streitwert von über CHF 30'000.00 ist die Beschwerde in Zivilsachen nach den Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig; die Beschwer-

Seite 28/28 de gründe richten sich nach den Art. 95 ff. BGG. Eine allfällige Beschwerde ist innert 30 Ta- gen seit Zustellung des Entscheids schriftlich, begründet und mit bestimmten Anträgen sowie unter Beilage des Entscheids und der Beweismittel (vgl. Art. 42 BGG) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. 6. Mitteilung an: - Parteien (samt Nebenintervenienten) - Kantonsgericht Zug, Einzelrichter (ES 2022 595) - Handelsregisteramt des Kantons Zug (zur Kenntnisnahme) - Gerichtskasse (im Dispositiv) Obergericht des Kantons Zug II. Zivilabteilung A. Staub I. Cathry Abteilungspräsident Gerichtsschreiber versandt am:

### **E. 1.3**

Doch selbst wenn das rechtliche Gehör verletzt worden wäre, würde dies vorliegend noch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen. Denn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Partei die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann (Urteil des Bundesgerichts 9C\_253/2021 vom 21. Juli 2021 E. 2 m.H. auf BGE 142 II 218 E. 2.8.1 und 137 I 195 E. 2.3.2). Das Obergericht verfügt als Berufungsinstanz über volle Kognition zur Überprüfung des angefochtenen Ent-

Seite 7/28 scheidet. Eine Rückweisung an die Vorinstanz würde einen formalistischen Leerlauf verursachen, weshalb im vorliegenden Fall so oder anders davon abzusehen ist.

### **E. 2**

Der Gesuchsteller beantragte im vorinstanzlichen Verfahren die Einsetzung eines Sachwalters sowie die Ernennung einer Revisionsstelle bei der Gesuchsgegnerin. Die Vorinstanz wies dieses Gesuch mit der Begründung ab, bei der Gesuchsgegnerin liege kein Organisationsmangel vor. Sie hielt dazu zusammengefasst fest, die Nebenintervenientin 1 sei im Zeitpunkt der Einberufung der ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 zufolge Zeitablaufs nicht (mehr) formelles Organ der Gesuchsgegnerin gewesen (act. 1/1 E. 5.7), habe aber als faktisches Organ formell korrekt zur ordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 31. Mai 2022 eingeladen und im Rahmen dieser Generalversammlung seien die Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin und die K. \_\_\_\_\_ AG als Revisionsstelle gewählt worden (act. 1/1 E. 6.2). Weiter bestehe auch kein Organisationsmangel infolge eines Interessenskonflikts, zumal ein solcher vom Gesuchsteller lediglich behauptet, aber nicht substantiiert dargelegt worden sei (act. 1/1 E. 7.2). Schliesslich bestehe auch kein Organisationsmangel infolge Pattsituation, da die Nebenintervenientin 1 und AC. \_\_\_\_\_ aufgrund ihrer Aktienmehrheit entscheiden könnten und daher keine Blockade vorliege (act. 1/1 E. 8.2).

### **E. 3**

Vorab ist zu klären, ob die Nebenintervenientin 1 am 30. April 2022, das heisst im Zeitpunkt der Einberufung zur ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 (Vi act. 1/32), noch formelles Organ der Gesuchsgegnerin war.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hielt dazu fest, dass nach dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 der Statuten ein Mitglied des Verwaltungsrates eindeutig für eine Amtsdauer von einem Jahr gewählt werde. Dieses Jahr beziehe sich ausschliesslich auf das darauffolgende Jahr. Entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin 1 könne gemäss dem zweiten

Teilsatz von Art. 12 Abs. 2 der Statuten ("[...], wobei die Zeit von einer ordentlichen Generalversammlung bis zur nächstfolgenden als ein Jahr gilt") eine Amtsdauer mangels ordentlicher Generalversammlung nicht über mehrere Jahre dauern, da dies eindeutig dem ersten Teilsatz ("Die Mitglieder des Verwaltungsrates werden auf eine Amtsdauer von einem Jahr gewählt, [...]") widersprechen würde. Dies ergebe sich insbesondere auch aus den weiteren Bestimmungen der Statuten. Da gemäss den Statuten die ordentliche Generalversammlung innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres stattzufinden habe und das Geschäftsjahr der Gesuchstellerin [recte: Gesuchsgegnerin] vom 1. Januar bis 31. Dezember gehe, sei davon auszugehen, dass die Parteien ursprünglich von einer Amtsdauer von einem Jahr ausgegangen seien, wobei dieses Jahr bis zur ordentlichen Generalversammlung im darauffolgenden Jahr gehe (act. 1/1 E. 5.5). Da unbestrittenermassen nach der ordentlichen Generalversammlung vom 18. September 2018 keine ordentliche Generalversammlung – bis zur umstrittenen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 – stattgefunden habe, habe das Amt der Nebenintervenientin 1 mit dem Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres, folglich per 30. Juni 2019 geendet. An diesem Ergebnis würden auch die von der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin 1 vorgebrachten ausserordentlichen Generalversammlungen nichts ändern. Weder an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 27. August 2019 noch an jener vom 12. Dezember 2019 sei die (Wieder-)Wahl der Nebenintervenientin 1 traktantenseite 8/28 diert gewesen. Folglich sei auch kein Beschluss über die (Wieder-)Wahl der Nebenintervenientin 1 gefasst worden. Gegenteiliges sei nicht aus den Protokollen ersichtlich. Entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin 1 könne auch nicht aufgrund einer "Hinzuwahl" von weiteren Verwaltungsräten angenommen werden, dass die anderen Verwaltungsräte damit bestätigt bzw. wiedergewählt worden seien. Demnach sei die Nebenintervenientin 1 im Zeitpunkt der Einberufung der ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 zufolge Zeitablaufs nicht (mehr) formelles Organ der Gesuchsgegnerin gewesen, weshalb sie gestützt darauf die Generalversammlung nicht habe einberufen können (act. 1/1 E. 5.6 f.).

### **E. 3.2**

Die Gesuchsgegnerin bemängelt diese Auslegung und macht geltend, ihre Statuten würden eine mehrjährige Amtsdauer erlauben und die Nebenintervenientin 1 sei ohnehin bis zum 31. Mai 2022 im Amt gewesen (act. 9 Rz 15). Der Schluss der Vorinstanz, dass eine unterlassene ordentliche Generalversammlung nicht zu einer Verlängerung der Amtszeit über eine Amtsdauer von einem Jahr führen könne, da dies dem ersten Teilsatz von Art. 12 Abs. 2 der Statuten ("Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden auf eine Amtsdauer von einem Jahr gewählt") widerspreche, sei schon deshalb unrichtig, weil diese Auslegung dazu führe, dass der zweite Halbsatz ("wobei die Zeit von einer ordentlichen Generalversammlung bis zur nächstfolgenden als ein Jahr gilt") schlicht keinerlei Bedeutung habe. Es sei nicht davon auszugehen, dass die Statuten Elemente enthalten würden, die keinerlei Bedeutung hätten. Die Vorinstanz hätte zur Überzeugung gelangen müssen, dass die Amtsdauer des Verwaltungsrats wenigstens von ordentlicher Generalversammlung zu ordentlicher Generalversammlung dauere (act. 9 Rz 17) und die Nebenintervenientin 1 entsprechend bis zum 31. Mai 2022 ohne Weiteres im Amt gewesen sei (act. 9 Rz 19). Bevor geprüft wird, ob die Vorinstanz die Statutenbestimmung korrekt ausgelegt hat, ist folgendes anzumerken: Die Gesuchsgegnerin (als Berufungsbeklagte) kann in ihrer Berufungsantwort – ohne Anschlussberufung zu erheben – die Erwägungen und Feststellungen im

vor- instanzlichen Entscheid kritisieren, die ihr im Fall einer abweichenden Beurteilung durch die Berufungsinstanz nachteilig sein könnten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.2; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 1126).

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 8 Abs. 1 der Statuten hat die ordentliche Generalversammlung der Gesuchsgegnerin – entsprechend der gesetzlichen Regelung von Art. 699 Abs. 2 OR – innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres stattzufinden. Da das Geschäftsjahr der Gesuchsgegnerin unbestrittenermassen vom 1. Januar bis zum 31. Dezember dauert (Art. 17 der Statuten), hat eine ordentliche Generalversammlung bis spätestens am 30. Juni des dem Geschäftsjahr folgenden Kalenderjahres zu erfolgen. Gemäss Art. 12 Abs. 2 Satz 1 der Statuten werden die Mitglieder des Verwaltungsrats für eine Amtsdauer von einem Jahr gewählt, wobei die Zeit von einer ordentlichen Generalversammlung bis zur nächstfolgenden als ein Jahr gilt (Vi act. 1/3). Im Idealfall findet demnach jedes Jahr zwischen 1. Januar und 30. Juni eine ordentliche Generalversammlung mit Verwaltungsratswahlen statt. Die Zeitspanne zwischen zwei ordentlichen Versammlungen muss indes nicht zwingend einem Jahr im Sinne von 365 Tagen entsprechen. Diesem Umstand wird im zweiten Halbsatz von Art. 12 Abs. 2 Satz 1 der Statutenbestimmung Rechnung getragen ("wobei die Zeit von einer ordentlichen Generalversammlung bis zur nächstfolgenden als ein Jahr gilt"). Der zweite Halbsatz erfüllt damit durchaus einen Zweck. Findet nämlich die Versammlung in einem Jahr am 31. Mai und

Seite 9/28 im Folgejahr erst am 29. Juni statt, endet die Amtsdauer nicht bereits am 31. Mai des Folgejahres, sondern erst am 29. Juni. Die Amtsdauer beträgt in diesem Fall rund 13 Monate. Mit der Wendung "Amtsdauer von einem Jahr" im ersten Halbsatz wird klargestellt, dass es jährlich Neu- bzw. Wiederwahlen geben muss, mithin ohne Wiederwahlen eine Amtsdauer von zwei oder mehr Jahren ausgeschlossen ist. Hätte – für den Fall, dass (statuten- und gesetzeswidrig) keine ordentlichen Generalversammlungen stattfinden – eine mehrjährige Amtsdauer zulässig sein sollen, hätte der erste Halbsatz beispielsweise wie folgt lauten müssen: "Die Mitglieder des Verwaltungsrates werden für eine Amtsdauer bis zum Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung gewählt". Die Formulierung "von einem Jahr" bringt jedoch deutlich zum Ausdruck, dass dies gerade nicht gewollt war und ist. Das Amt eines Verwaltungsratsmitglieds bei der Gesuchsgegnerin kann somit allerhöchstens 18 Monate dauern. Findet bis am 30. Juni keine Wiederwahl statt, endet das Amt. Der vorliegende Sachverhalt ist im Übrigen vergleichbar mit jenem, der BGE 148 III 69 zugrunde lag. Dort bestimmten die Statuten, dass die Amtsdauer ein Jahr beträgt und am Tag und mit dem Ende der nächsten ordentlichen Generalversammlung endet (Urteil des Bundesgerichts 4A\_496/2021 vom 3. Dezember 2021 E. 2.2, nicht publiziert in: BGE 148 III 69).

### **E. 3.4**

Da unbestrittenermassen in der Zeit vom 18. September 2018 bis zum 31. Mai 2022 keine ordentliche Generalversammlung der Gesuchsgegnerin stattgefunden hatte, folgte die Vorinstanz zu Recht, dass das Amt der Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin mit Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres, mithin am 30. Juni 2019, geendet hatte (act. 1/1 E. 5.6). Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin war die Nebenintervenientin 1 am 31. Mai 2022 demnach nicht mehr Verwaltungsrätin.

### **E. 3.5**

Weiter rügt die Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz habe bei ihrer Auslegung ausgeblendet, dass Art. 12 Abs. 2 der Statuten von den Aktionären effektiv so gelebt worden sei, wie sie (die Gesuchsgegnerin) es vorgetragen habe. So habe sie vorgetragen, dass sie zwischen dem 14. Januar 2016 und dem 18. September 2018 keinerlei (ordentliche) Generalversammlungen durchgeführt habe und dass sich keiner der Aktionäre während dieser Phase auf den Standpunkt gestellt habe, die gewählten Verwaltungsräte seien ausgeschieden gewesen. Ferner habe sie vor der Vorinstanz vorgetragen, dass auch nach 2019 niemand, insbesondere nicht der Gesuchsteller, bis im Frühling 2022 jemals behauptet habe, die Nebenintervenientin 1 sei infolge Zeitablaufs nicht mehr Verwaltungsrätin, obschon zwischen dem 12. Dezember 2019 und dem 31. Mai 2022 keine Generalversammlungen der Gesuchsgegnerin durchgeführt worden seien. Der Gesuchsteller habe insbesondere auch vor Kantonsgericht und Obergericht des Kantons Zug bis im Frühling 2022 unzählige Male geltend gemacht, dass die Nebenintervenientin 1 Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin sei. Der Vorinstanz sei der Umstand der vorbehaltlosen Anerkennung der Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin vorliegend entgangen (act. 9 Rz 20).

### **E. 3.6**

Selbst wenn die Rüge der Gesuchsgegnerin, die Parteien hätten Art. 12 Abs. 2 der Statuten so gelebt, dass die Amtsdauer wenigstens von ordentlicher Generalversammlung zu ordentlicher Generalversammlung dauere (act. 9 Rz 20), zutreffend sein sollte, führt dies nicht dazu, dass die Nebenintervenientin 1 nach dem 30. Juni 2019 noch formelle Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin war. Dazu wäre weiterhin eine (Wieder-)Wahl anlässlich einer Generalversammlung notwendig (gewesen). Sollten die Parteien – wie von der Gesuchsgegnerin behauptet – Art. 12 Abs. 2 der Statuten so gelebt haben und sollte der Gesuchsteller bis im

Seite 10/28 Frühling 2022 auch nicht behauptet haben, die Nebenintervenientin 1 sei infolge Zeitablaufs nicht mehr Verwaltungsrätin (act. 9 Rz 20), stellt sich die Frage, ob sich der Gesuchsteller rechtsmissbräuchlich verhält, wenn er sich auf einen Formmangel bei der Einberufung beruft. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten ist dem Gesuchsteller vorliegend jedoch – entgegen der Auffassung der Vorinstanz (act. 1/1 E. 6.3) – nicht vorzuwerfen: Mit Entscheid vom 3. Dezember 2021 klärte das Bundesgericht die in der Doktrin bis dahin umstrittene Frage, ob Verwaltungsräte auch nach Ablauf von sechs Monaten nach dem letzten Geschäftsjahr ihrer Amtszeit weiter im Amt bleiben, wenn entgegen Art. 699 Abs. 2 OR innert dieser sechs Monate keine Generalversammlung durchgeführt wurde (vgl. BGE 148 III 69 E. 3). Erst seit diesem Urteil besteht Klarheit, dass der Verwaltungsrat sein Mandat nicht durch Nichteinberufung der ordentlichen Generalversammlung verlängern kann. Die Einberufung zur ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 erfolgte durch die Nebenintervenientin 1 am 30. April 2022 und somit zeitlich nach dem genannten Bundesgerichtsentscheid (Vi act. 26/11). Wie die Gesuchsgegnerin im vorinstanzlichen Verfahren vorbrachte, hat der Rechtsvertreter des Gesuchstellers am 19. Mai 2022 den Erhalt der Einladung zwar bestätigt (Vi act. 26 Rz 19; Vi act. 26/14). Im gleichen Schreiben führte er jedoch auch aus, dass der Gesuchsteller die Einladung zu einer "Generalversammlung" als nicht rechtsgültig erachte und er eine entsprechend durchgeführte Versammlung als nicht rechtsgültig erachten würde (Vi act. 26/14). Der Gesuchsteller hat demnach – entgegen der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung (vgl. act. 1/1 E. 6.3) – bereits im Vorfeld zur ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai

2022 die Befugnisse der Nebenintervenientin 1 zur Einberufung einer Generalversammlung bestritten. Da diese Bestreitung kurze Zeit nach dem genannten Bundesgerichtsentscheid vom 3. Dezember 2021 erfolgte, kann ihm das "Zuwarten" mit dem Bestreiten nicht zum Vorwurf gemacht werden. Zudem weist die Gesuchsgegnerin in keiner Weise nach, dass der Gesuchsteller anerkannte, dass die Nebenintervenientin 1 zur ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 einladen durfte, und dass er erst später sein Verhalten änderte. Folglich ist in seiner Berufung auf den Formmangel kein Rechtsmissbrauch zu erkennen.

### **E. 3.7**

Die vorinstanzliche Feststellung, dass an den ausserordentlichen Generalversammlungen vom 27. August 2019 und 12. Dezember 2019 kein Beschluss über die (Wieder-)Wahl der Nebenintervenientin 1 gefasst wurde (act. 1/1 E. 5.6), ist nicht zu bemängeln (vgl. act. 9 Rz 21), zumal keinem der Protokolle eine entsprechende explizite Willensäusserung entnommen werden kann (Vi act. 26/4 und 26/8). Und selbst wenn die Nebenintervenientin 1 an den ausserordentlichen Generalversammlungen im Jahr 2019 als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin bestätigt worden wäre, hätte ihre Wiederwahl an einer ordentlichen Generalversammlung im Jahr 2020 erfolgen müssen. Da jedoch unbestrittenermassen zwischen der ausserordentlichen Generalversammlung vom 12. Dezember 2019 und der ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 keine Generalversammlung stattgefunden hat, wäre die Nebenintervenientin 1 spätestens mit Ablauf des 30. Juni 2020 nicht mehr formelle Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin gewesen (vgl. E. 3.3).

### **E. 3.8**

Schliesslich trifft die Behauptung der Gesuchsgegnerin, die Gerichte hätten rechtskräftig festgestellt, dass die Nebenintervenientin 1 Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin sei (act. 9 Rz 22), nicht zu. Falls in früheren Entscheiden des Kantonsgerichts oder des Obergerichts davon ausgegangen wurde, die Nebenintervenientin 1 sei im fraglichen Zeitpunkt formelles Seite 11/28 Organ (Verwaltungsrätin) der Gesuchsgegnerin gewesen, so hing dies einzig damit zusammen, dass diese Rechtsfrage in diesen Verfahren nicht strittig war oder nicht Verfahrensgegenstand bildete. Gegenteiliges behauptet die Gesuchsgegnerin nicht.

### **E. 3.9**

Als Zwischenfazit ist demnach festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausging, dass die Nebenintervenientin 1 im Zeitpunkt der Einberufung der ordentlichen Generalversammlung am 30. April 2022 nicht mehr formelles Organ der Gesuchsgegnerin war.

## **E. 4**

Weiter ist zu prüfen, ob die Nebenintervenientin 1 als faktisches Organ befugt war, die ordentliche Generalversammlung vom 31. Mai 2022 einzuberufen.

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz führte dazu zusammengefasst Folgendes aus: Gemäss Bundesgericht sei ein faktischer Verwaltungsrat nach Art. 717 Abs. 1 OR dazu verpflichtet, eine Generalversammlung einzuberufen, wenn die Gesellschaft über keinen formellen Verwaltungsrat mehr verfüge. Folglich könne der Organisationsmangel durch die Einberufung durch den Verwaltungsrat, dessen Amtszeit abgelaufen sei, behoben werden. Die abgehaltene Generalversammlung gelte als rechtmässig. Da die Nebenintervenientin 1

als faktisches Organ mit der Einladung vom 3. Mai 2022 zur ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 formell korrekt – weitere formelle Mängel seien vom Gesuchsteller auch nicht geltend gemacht worden – eingeladen habe und im Rahmen der ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 die Nebenintervenientin 1 als Mitglied des Verwaltungsrates sowie auch die K. \_\_\_\_\_ AG als Revisionsstelle gewählt worden seien, hätten die Organisationsmängel rechtsgültig behoben werden können. Demnach liege kein Organisationsmangel infolge eines nichtigen Beschlusses vor (act. 1/1 E. 6.1 f.).

#### **E. 4.2**

Der Gesuchsteller rügt, das Bundesgericht habe im Entscheid BGE 148 III 69 unmissverständlich festgehalten, dass ein Verwaltungsratsmandat bei Geschäftsjahrende auf 31. Dezember am 30. Juni des Folgejahres ende, falls bis dahin keine Wiederwahl stattfindet. Und damit ende auch das "Dürfen" im gesellschaftsrechtlichen Innenverhältnis in Relation zu den Aktionären und der Gesellschaft. Die Vorinstanz zitiere in ihrem Entscheid einen Bundesgerichtsentscheid der Strafabteilung, wonach ein faktischer Verwaltungsrat nach Art. 717 Abs. 1 OR dazu verpflichtet sei, eine Generalversammlung einzuberufen, wenn eine Gesellschaft über keinen formellen Verwaltungsrat mehr verfüge (Urteil des Bundesgerichts 6B\_697/2014 vom 27. Februar 2015 E. 2.3). Daraus ziehe die Vorinstanz den falschen Umkehrschluss, dass ein Organisationsmangel durch die Einberufung durch den Verwaltungsrat, dessen Amtszeit abgelaufen sei, behoben werden könne. Diese Rechtsfolge sei falsch. Das Bundesgericht habe eine Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsführers darin gesehen, dass er nicht über den Todesfall [des einzigen Verwaltungsrats] informiert und dass er keine Generalversammlung einzuberufen habe. Aus diesen Ausführungen könne aber nicht geschlossen werden, dass dem faktischen Organ auch das "Recht", sprich das gesellschaftsinterne "Dürfen", zukomme, eine Generalversammlung einzuberufen. Diese Pflicht ergebe sich vielmehr als Gegenstück zur faktischen Handlungs- bzw. Vertretungsmacht als faktisches Organ. Im Innenverhältnis bzw. gegenüber den Aktionären und der Gesellschaft erwachse dadurch dem faktischen Organ kein Recht (act. 1 Rz 20 f.). Die Vorinstanz folgere rechtlich unrichtig, dass die Nebenintervenientin 1 formell korrekt zu einer Generalversammlung vom 31. Mai 2022 eingeladen habe und folglich sowohl die Nebenintervenientin 1 als auch die K. \_\_\_\_\_ AG als Revisionsstelle gewählt worden seien, sodass vorliegend die Organisationsmängel behoben

Seite 12/28 ben worden seien. Ein nicht rechtsgültig gewähltes Organ dürfe nicht rechtsgültig zu einer Generalversammlung einladen. Wenn es dies trotzdem tue, könne seine mangelnde Legitimation zur Einberufung nur durch eine Universalversammlung geheilt werden. Entsprechend folgere die Lehre und die Rechtsprechung eindeutig, dass Generalversammlungsbeschlüsse, die so zustande gekommen seien, nichtig seien (act. 1 Rz 27).

#### **E. 4.3**

Die ordentliche Generalversammlung findet jährlich innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres statt (Art. 699 Abs. 2 OR). Die Einberufung erfolgt durch den Verwaltungsrat, nötigenfalls durch die Revisionsstelle (Art. 699 Abs. 1 Satz 1 OR), und hat mindestens 20 Tage im Voraus zu erfolgen (Art. 700 Abs. 1 OR). Im Gegensatz dazu können Aktionäre nicht selbst eine Generalversammlung einzuberufen, sondern – sofern sie

über eine bestimmte Beteiligung verfügen – lediglich die Einberufung durch den Verwaltungsrat verlangen. Ihnen steht nur ein mittelbares Einberufungsrecht zu (Dubs/Truffer, Basler Kommentar,

#### **E. 4.4**

Die Vorinstanz stützte sich in ihrem Entscheid auf ein Urteil der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts aus dem Jahr 2015. Darin gelangte das Bundesgericht zum Schluss, der Geschäftsführer, dem nach dem Tod des einzigen Verwaltungsrats der Gesellschaft die Stellung als faktischer Verwaltungsrat zukam, sei zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung verpflichtet gewesen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_697/2014 vom 27. Februar 2015 E. 2.3). Die Vorinstanz schloss daraus, dass der Organisationsmangel mittels Einberufung durch den Verwaltungsrat, dessen Amtszeit abgelaufen sei, behoben werden könne und daher kein Organisationsmangel infolge nichtigen Beschlusses vorliege (act. 1/1 E. 6.1 f.). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die Figur des faktischen Organs dient primär als Haftungstatbestand für sich einmischende Personen. Sie dient nicht dazu, tatsächliche Organqualität zu begründen mit dem Recht, die juristische Person aktiv binden zu können (vgl. Wytenbach, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher Organbegriff?, 2013, S. 247 ff., 267 f. mit Hinweisen; dahingehend auch BGE 141 III 159 E. 2.3). Faktische Organschaft ist ein Unrechtszustand. Dem faktischen Organ fehlt es an jeglicher rechtlichen Legitimation. Es hat keine Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft, in der es sich Organfunktionen anmass (Böckli, a.a.O., § 9 N 129 f.). Faktische Organe haben grundsätzlich keine Organstellung inne und verfügen über keine gesetzliche oder statutarische, strukturelle Verankerung in der Gesellschaft (Wytenbach, a.a.O. S. 345). Eine Person, die weder gewählt noch in das Handelsregister eingetragen ist, kann durch ihr Verhalten nicht Inhaber von Befugnissen und Rechten eines Verwaltungsrats werden (BGE 146 III 37 E. 6.2.2 [= Pra 2020 Nr. 36]). Der Umstand, dass der Nicht-Verwaltungsrat einmal über die entsprechende Kom-

Seite 13/28 petenz verfügt, aber diese nun verloren hat, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Es spielt mit anderen Worten keine Rolle, ob von der Gesellschaft unabhängige Dritte zu einer Generalversammlung einladen oder der ehemalige, nicht rechtzeitig wiedergewählte Verwaltungsrat (Hohler/Bähler, Keine stillschweigende Verlängerung von Verwaltungsratsmandaten, SZW 2022 S. 284). Ein faktischer Verwaltungsrat hat zwar das Nötige zu unternehmen, um einen rechtmässigen Zustand herzustellen, er hat also dafür zu sorgen, dass eine Generalversammlung durchgeführt wird. Er selbst kann jedoch keine Generalversammlung einberufen (vgl. Sutter, Status des Verwaltungsrats nach Ablauf der statutarischen Amtszeit, Recht relevant für Verwaltungsräte 1/2023 S. 10), selbst wenn dies in der Praxis oftmals einem legitimen Bedürfnis entsprechen dürfte. Vorliegend hat die Nebenintervenientin 1 als faktisches Organ der Gesuchsgegnerin die ordentliche Generalversammlung vom 31. Mai 2022 einberufen. Als faktisches Organ kam ihr jedoch nicht der Organstatus eines gewählten Verwaltungsrats samt dessen Befugnissen zu. Sie konnte demnach nicht rechtsgültig zur ordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin einladen. Vom Gegenteil auszugehen würde bedeuten, dass die Nebenintervenientin 1 ihr Mandat durch (pflichtwidriges) Nichteinberufen der ordentlichen Generalversammlung, an der über ihre Wiederwahl zu befinden gewesen wäre, hätte verlängern können. Ein solches Vorgehen ist jedoch nicht zulässig (vgl. BGE 148 III 69 E. 3.3). Weiter ist nicht ersichtlich, weshalb der Nebenintervenientin 1, die Aktionärin der Gesuchsgegnerin ist und sich als deren faktisches Organ ausgibt, mehr Befugnisse zustehen

sollten als den übrigen Aktio- nären, die ein Gesuch beim Gericht hätten stellen müssen, damit der Organisationmangel behoben wird. Die von der Nebenintervenientin 1 als faktische Verwaltungsrätin einberufene ordentliche Generalversammlung vom 31. Mai 2022 fand somit ohne rechtliche Grundlage statt, womit die gefällten Beschlüsse, da es sich bei der Generalversammlung nicht um eine Universalversammlung gehandelt hat, nichtig sind. Dies ist von Amtes wegen zu berücksich- tigen (Dubs/Truffer, a.a.O., Art. 706b OR N 5). Die Berufung des Gesuchstellers auf den Formmangel ist – wie bereits ausgeführt (E. 3.6) – nicht rechtsmissbräuchlich.

#### **E. 4.5**

Die Nichtigkeit der Beschlüsse der ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 hat zur Folge, dass die Gesuchsgegnerin über keinen Verwaltungsrat mehr verfügt und somit in dieser Hinsicht einen Organisationsmangel aufweist. Anzumerken bleibt, dass im vorliegen- den summarischen Organisationsmängelverfahren die Nichtigkeit dieser Beschlüsse zwar vorfrageweise zu berücksichtigen ist, die Nichtigkeit jedoch im Urteilsdispositiv nicht festge- stellt werden kann. Daher ist auf diesen Antrag (Ziffer 3.7 des eingangs erwähnten Rechts- begehrens) nicht einzutreten.

#### **E. 4.6**

Allerdings führen die nichtigen Beschlüsse der ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 nicht dazu, dass die Gesuchsgegnerin über keine Revisionsstelle mehr ver- fügen würde.

##### **E. 4.6.1**

Zwar sieht Art. 16 Abs. 1 der Statuten der Gesuchsgegner vor, dass die Generalversamm- lung "eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen für die Dauer eines Jahres als Revisionsstelle" wählt (Vi act. 1/3; Hervorhebung hinzugefügt). Auf den ersten Blick ist diese Bestimmung punkto Amtsdauer identisch mit Art. 12 Abs. 2 (Amtsdauer der Verwaltungsrats- mitglieder). Allerdings gilt zu beachten, dass der Begriff der Amtsdauer für Verwaltungsrats- mitglieder und die Revisionsstelle hier nicht derselbe ist. Denn massgebend in Bezug auf die

Seite 14/28 Amtsdauer der Revisionsstelle ist nicht das Kalenderjahr, sondern das Datum der Abnahme der Jahresrechnung an der Generalversammlung. Das heisst, ein Amtsjahr dauert von einer ordentlichen Generalversammlung bis zur nächsten. Die Amtszeit endet erst mit der Abnah- me der letzten Jahresrechnung (vgl. Art. 730a Abs. 1 Satz 2 OR). Beträgt die Amtsdauer gemäss den Statuten also beispielsweise ein Jahr, ist aber nach einem Jahr die Jahresrech- nung noch nicht abgenommen, verlängert sich die Amtsdauer bis zur Abnahme der Jahres- rechnung. Dies hielt das Bundesgericht bereits für das Aktienrecht von 1936 fest: "Die 'nächste ordentliche Generalversammlung', die [...] als Endpunkt der Amtsdauer einer auf ein Jahr gewählten Kontrollstelle zu gelten hat, ist in der Regel etwa innert Jahresfrist nach der vorausgegangenen Generalversammlung zu erwarten. [...] Die Amtsdauer der Kontroll- stelle [kann] erst mit der ihr obliegenden Berichterstattung an die Generalversammlung zu Ende gehen. Findet die Generalversammlung nicht statt, so ist die logische Folge daraus, dass auch die Amtsdauer der Kontrollstelle nicht ablaufen kann, sondern sich automatisch verlängert und so lange weiterdauert, bis wieder eine Generalversammlung abgehalten wird" (BGE 86 II 171 E. 1d). Gemäss Aktienrecht von 1991 endete die Amtszeit der Revisionsstelle mit der Generalversammlung, welcher der letzte Bericht zu erstatten ist (Art. 727e Abs. 1 aOR). In der Botschaft von 1983 wurde

betont, dass die Amtszeit der Revisionsstelle eben nicht mit dem Ablauf des Rechnungsjahres ende (Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 930), was mit der Praxis unter dem Aktienrecht von 1936 übereinstimmt. Mit der Änderung des Revisionsrechts von 2005 erhielt die Bestimmung über die Amtszeit der Revisionsstelle ihre heutige Fassung (Art. 730a Abs. 1 OR), welche aber keine materiellen Änderungen mit sich brachte. Folglich läuft die Amtszeit der Revisionsstelle im Gegensatz zu jener der Verwaltungsratsmitglieder nach Ablauf der Sechsmonatsfrist nach Art. 699 Abs. 2 OR nicht aus (Häusermann/Müller, Ende der Amtszeit des nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrates, GesKR 2022 S. 282 f.; Reutter, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 730a OR N 1; Eberle/Lengauer, Zürcher Kommentar, 2016, Art. 730a OR N 5 und 10 f.; Oertli/Hänni, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. 2016, Art. 730a OR N 4). Vorbehalten bleibt ein Rücktritt oder eine Abwahl (Reutter, a.a.O., Art. 730a OR N 4).

#### **E. 4.6.2**

Die Nichtigkeit der Beschlüsse der ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 hat vorliegend zur Folge, dass die Q.\_\_\_\_\_ AG nicht als Revisionsstelle der Gesuchsgegnerin abgewählt wurde (Vi act. 26/13 Traktandum 8). Da die Jahresrechnungen 2016-2019 aufgrund der nichtigen Beschlüsse nicht abgenommen wurden (Vi act. 26/13 Traktandum 3-6), ist die Q.\_\_\_\_\_ AG – infolge der automatischen Verlängerung ihrer Amtsdauer – weiterhin Revisionsstelle der Gesuchsgegnerin, zumal ein Rücktritt derselben von den Parteien weder geltend gemacht noch nachgewiesen wurde. Folglich besteht bei der Gesuchsgegnerin in Bezug auf die Revisionsstelle kein Organisationsmangel.

#### **E. 4.6.3**

Im Handelsregister ist als Revisionsstelle der Gesuchsgegnerin die K.\_\_\_\_\_ AG eingetragen. Die verantwortlichen Organe der Gesuchsgegnerin haben dafür zu sorgen, dass dieser Eintrag – sofern keine gültige Abwahl der Q.\_\_\_\_\_ AG und Wahl der K.\_\_\_\_\_ AG erfolgt – richtiggestellt wird (vgl. Eckert, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 937 OR N 2).

#### **E. 4.7**

Als weiteres Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin insoweit einen Organisationsmangel aufweist, als sie über keinen Verwaltungsrat verfügt. Hingegen weist die Gesuchsgegnerin keinen Organisationsmangel in Bezug auf die Revisionsstelle auf.

Seite 15/28

#### **E. 5**

Weiter ist zu klären, wie der festgestellte Organisationsmangel (fehlender Verwaltungsrat) behoben werden kann. Da die Vorinstanz zum Schluss gelangte, dass bei der Gesuchsgegnerin kein Organisationsmangel besteht (act. 1/1 E. 6.2, 7.2 und 8.2), liess sie diese Frage offen. Eine Rückweisung gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. a. Ziff. 1 ZPO, wie sie der Gesuchsteller beantragt, drängt sich deswegen aber vorliegend nicht auf, da die Sache in diesem Punkt spruchreif ist und die Rückweisung an die Vorinstanz nur zu einer unnötigen Verzögerung führen würde. Eine solche wäre jedoch einem funktionierenden Rechtsverkehr abträglich (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 318 ZPO N 24-26 m.H.).

## **E. 6**

Weist eine Gesellschaft einen Mangel in der Organisation gemäss Art. 731b Abs. 1 OR auf, kann das Gericht insbesondere der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 731 Abs. 1bis Ziff. 1 OR), das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Ziff. 2) oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Ziff. 3).

### **E. 6.1**

Bei den in den Ziff. 1-3 von Art. 731b Abs. 1bis OR genannten Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels handelt es sich um einen exemplifikativen, nicht abschliessenden Katalog. Das Gericht kann auch eine nicht gesetzlich typisierte Massnahme anordnen (BGE 138 III 294 E. 3.1.4 und 3.3.3). Denkbar sind etwa die Abberufung von Verwaltungsräten (Urteil des Bundesgerichts 4A\_161/2013 vom 28. Juni 2013 E. 2.2.2), die Einberufung einer Generalversammlung (Urteil des Bundesgerichts 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2.1.6), die Ernennung eines neutralen Dritten zum Vorsitzenden einer Generalversammlung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_507/2014 vom 15. April 2015 E. 5), die ordentliche Liquidation nach Art. 742 ff. OR durch einen vom Richter bestellten Liquidator, die Anordnung einer Abspaltung oder die Änderung der Statuten (Peter/Cavadini, Commentaire romand, 2. A. 2017, Art. 731b OR N 30 m.H.). Für den Fall, dass in einer Gesellschaft eine Pattsituation bzw. Blockade (sog. "Deadlock") vorliegt, besteht bei Zweimanngesellschaften die Möglichkeit der Übernahme der Anteile des einen Aktionärs durch den anderen im Rahmen einer richterlich angeordneten Versteigerung (BGE 138 III 294 E. 3.1.4 und 3.3.3; Watter/Pamer-Wieser, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 731b OR N 16; Urteil des Obergerichts Zug Z2 2021 37 vom 21. Februar 2022 E. 2.1).

### **E. 6.2**

Bei der Auswahl der Massnahme ist das Gericht nicht an Parteibegehren gebunden. Es gilt die Offizialmaxime. Denn die Behebung von Organisationsmängeln steht im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs und kann die Interessen von Anspruchsgruppen ("Stakeholder") berühren, die sich am Verfahren nach Art. 731b OR nicht beteiligen (namentlich Arbeitnehmer, Gläubiger, weitere Aktionäre). Die Parteien haben keine Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand und können sich namentlich auch nicht vergleichen (BGE 142 III 629 E. 2.3.1; 138 III 294 E. 3.1.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.1; Watter/Pamer-Wieser, a.a.O., Art. 731b OR N 9; Urteil des Obergerichts Zug Z2 2021 37 vom 21. Februar 2022 E. 2.2).

### **E. 6.3**

Mit Art. 731b Abs. 1bis OR wollte der Gesetzgeber dem Gericht – ähnlich wie bei der Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR – einen hinreichenden Handlungsspielraum ge-

Seite 16/28 wahren, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können (Urteil des Bundesgerichts 4A\_412/2020 vom 16. September 2020 E. 4.2). Das Gericht ist bei der Ausübung dieses Handlungsspielraums freilich nicht ungebunden. Es hat zu beachten, dass die anzuordnende Massnahme verhältnismässig ist (vgl. Dalla Palma/von der Crone, Der Organisationsmangel in der Aktiengesellschaft und die Ernennung eines Sachwalters nach Art. 731b OR, SZW 2020, S. 584 f. m.H.). Das bedeutet, die Massnahme muss erforderlich (vgl. Art. 731b Abs. 1 OR:

"[...] die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen [...]") und geeignet sein, um den Organisationsmangel zu beseitigen (vgl. Weber, Mängel in der Organisation von Gesellschaften, in: Haunreiter/Juchli/Knupp/ Würmli [Hrsg.], Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2009, S. 345 ff., S. 364), und sie muss verhältnismässig im engeren Sinn sein (vgl. Trautmann/von der Crone, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, S. 471 m.H.; Urteil des Obergerichts Zug Z2 2021 37 vom 21. Februar 2022 E. 2.3).

## **E. 7**

Während der Gesuchsteller die Einsetzung eines Sachwalters verlangte, beantragte die Gesuchsgegnerin – für den Fall, dass entgegen ihrer Auffassung ein Organisationsmangel vorliege – im Wesentlichen die Bestätigung bzw. die Einsetzung der Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin.

### **E. 7.1**

Der Gesuchsteller machte im vorinstanzlichen Verfahren zusammengefasst geltend, die gerichtliche Aufforderung an die Gesellschaft, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, sei vorliegend unbehelflich, da niemand für die Gesuchsgegnerin rechtsgültig handeln könne. Er stellte deshalb den Antrag, der Gesuchsgegnerin sei nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1bis OR ein Sachwalter zu bestellen, um den Organisationsmangel zu heilen (Vi act. 1 Rz 41 f.). Er führte aus, ein Sachwalter eigne sich insbesondere in der vorliegenden Situation, weil zwischen den Aktionären (dem Gesuchsteller und der Nebenintervenientin 1) seit neun Jahren Streit herrsche und sowohl die Nebenintervenientin 1 als auch der Gesuchsteller aufgrund von laufenden Strafverfahren im Zusammenhang mit der Geschäftsführung für die Gesuchsgegnerin Interessenkonflikte aufweisen würden (Vi act. 1 Rz 45). Das Mandat des Sachwalters sei zu befristen. Die Ernennung solle zum einen mindestens bis zum rechtskräftigen Abschluss der pendenten Strafverfahren laufen, in welchen die Nebenintervenientin 1 mit der Gesuchsgegnerin interessenkonfligiert sei. Andernfalls bzw. soweit die Nebenintervenientin 1 die Gesuchsgegnerin vertreten würde, würde sie sich selbst im Strafverfahren gegenüberstellen. Eine Person könne nicht gegensätzliche Interessen in einem Rechtsverfahren vertreten. Die Gesuchsgegnerin sei im gegen die Nebenintervenientin 1 eröffneten Strafverfahren Geschädigte, da die Nebenintervenientin 1 nachweislich wahrheitswidrige Lohnumdeklarationen bei der Ausgleichskasse Zug eingereicht habe (Vi act. 1 Rz 48 f.). Zudem solle die Ernennung des unabhängigen Sachwalters andauern, bis die Geschäftsberichte der Geschäftsjahre 2016 bis 2021 der Gesuchsgegnerin erstellt, revidiert und dem Gericht zur weiteren Entscheidungsgrundlage vorgelegt worden seien (Vi act. 1 Rz 51).

### **E. 7.2**

Die Gesuchsgegnerin machte ihrerseits geltend, ein Organisationsmangel setze gedanklich voraus, dass die Nebenintervenientin 1 keine Generalversammlung habe einberufen können. Entsprechend könne sie in dieser Hypothese auch in Zukunft keine Generalversammlung einberufen, solange der Organisationsmangel nicht behoben werde. Entsprechend dränge es sich auf, dass das Gericht in dieser Hypothese direkt die in Frage stehenden Organe einsetze. Die vom Gesuchsteller beantragte weitergehende Massnahme (Einsetzung eines Sach-

Seite 17/28 walters) sei klar unverhältnismässig. Einzusetzen bzw. zu bestätigen seien damit ohne Weiteres die Nebenintervenientin 1 (als Verwaltungsrätin mit

Einzelunterschrift) und die K. \_\_\_\_\_ AG (als Revisionsstelle), jeweils mit einer Mindestamtszeit von einem Jahr. Angesichts der Generalversammlung vom 31. Mai 2022 sei klar, was die Aktionäre der Gesuchsgegnerin wünschen würden, namentlich die vorgenannten Organe. Die Gesuchsgegnerin habe Kenntnis davon, dass die Nebenintervenientin 1 und der Nebenintervenient 2 an einer etwaigen Generalversammlung neuerlich derart abstimmen würden. Ferner sei die Nebenintervenientin 1 bereits mehrfach von der Generalversammlung als Verwaltungsrätin wiedergewählt worden; die K. \_\_\_\_\_ AG habe ferner bestätigt, dass sie eine Wahl als Revisionsstelle erneut annehmen würde. All dies sei ohne Weiteres zu berücksichtigen, solle das Gericht doch bei der Beseitigung des Organisationsmangels nicht ohne Not in die Kompetenz der Generalversammlung eingreifen. Bei alledem spiele es keine Rolle, dass zwischen der Nebenintervenientin 1 und dem Gesuchsteller Streit bestehe und der Gesuchsteller der Nebenintervenientin 1 die Verfolgung von Partikularinteressen sowie Pflichtverletzungen vorwerfe. Subeventualiter sei die Nebenintervenientin 1 im Amt zu bestätigen (mit Einzelunterschrift und für eine Dauer von 6 Monaten ab Rechtskraft des Urteils) und sie sei zu verpflichten, zu einer Generalversammlung der Gesuchsgegnerin einzuladen, an welcher die Wahl des Verwaltungsrats und die Wahl einer Revisionsstelle traktandiert seien und diese sodann durchzuführen. Ein etwaiger Organisationsmangel könne auf diese Weise ohne Weiteres beseitigt werden. Die Nebenintervenientin 1 habe sich stets an gerichtliche Anordnungen gehalten. Die Einsetzung eines Sachwalters sei unzulässig und völlig unverhältnismässig. Der Gesuchsteller habe seine Überlegungen zur Einsetzung eines Sachwalters letztlich darauf gestützt, dass bei der Nebenintervenientin 1 ein Interessenkonflikt bestehe, welche ihre Organtätigkeit ausschliesse. Auch komme keine weitere Person hierfür in Frage. Beides sei falsch. Erstens mache der Gesuchsteller im Hinblick auf den angeblichen Interessenkonflikt überhaupt keine substantiierten Angaben. Zweitens verkenne er, dass Interessenkonflikte gerade nicht ausreichen würden, sondern es hierfür eines Interessenkonflikts, der zu einer Funktionsunfähigkeit des Organs führe, bedürfte. Drittens behaupte er auch ansonsten nicht substantiiert, warum es eines Sachwalters bedürfe. Dem Gesuchsteller schwebt vor, dass der Sachwalter die gänzliche Geschäftsführung übernehme. Er verkenne einmal mehr, dass es bei der etwaigen Behebung von Organisationsmängeln nicht um die Übertragung der Geschäftsführung für längere Perioden auf einen Dritten gehe (Vi act. 26 Rz 65 ff.).

### **E. 7.3**

Beim vorliegenden Organisationsmangel des fehlenden Verwaltungsrats ist die Ansetzung einer Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands für dessen Behebung – wie die Parteien zu Recht ausführen – ungeeignet. Ob aber, wie von der Gesuchsgegnerin beantragt, die Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin eingesetzt werden könnte, hängt davon ab, ob sie – wie vom Gesuchsteller behauptet – einem qualifizierten Interessenkonflikt unterliegt.

#### **E. 7.3.1**

Interessenkollisionen von Organen können, wenn sie sich verdichten, zur Funktionsunfähigkeit eines Organs und damit zu einem Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR führen. Ein sich zu einem Organisationsmangel verdichtender Interessenkonflikt liegt etwa vor, wenn ein Exekutivorgan zugleich die Kläger- als auch die Beklagte vertritt. Doch nicht erst in diesem Fall liegt ein Organisationsmangel vor, sondern bereits dann, wenn die Gesellschaftsinteressen in einer bestimmten Angelegenheit

deshalb nicht mehr unabhängig wahrgenommen und vertreten werden können, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder ge-

Seite 18/28 genläufige Interessen verfolgen. Das Vorliegen eines Interessenkonflikts im Verwaltungsrat führt mithin nicht ohne Weiteres zu einem Organisationsmangel. Um eine vom Gesetzgeber nicht gewollte, zu weit gehende Anwendung von Art. 731b OR zu verhindern, ist nur in jenen Fällen von einem Organisationsmangel auszugehen, in denen die Gesellschaftsinteressen einzig mittels gerichtlich angeordneter Massnahmen sichergestellt werden können, weil die Interessenlage ein interessengerechtes Handeln des Verwaltungsrates ausschliesst. Kann der vom Interessenkonflikt betroffene Verwaltungsrat jedoch durch Ergreifen geeigneter Massnahmen sicherstellen, dass die Gesellschaftsinteressen genügend Berücksichtigung finden, bleibt die sachgerechte Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen möglich, und es liegt kein Organisationsmangel vor. Ein interessenwidriges Handeln einzelner, einem Interessenkonflikt unterliegender Verwaltungsräte kann jedoch ex post Gegenstand eines Verantwortlichkeitsprozesses nach Art. 754 OR werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015 E. 2.5.2; Wherlock/von der Crone, Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, SZW 2015 S. 549; Urteil des Obergerichts Zug Z2 2021 22 vom 19. Oktober 2021 E. 4.2.1).

### **E. 7.3.2**

Die Vorinstanz verneinte einen qualifizierten Interessenkonflikt. Sie führte dazu aus, es sei zu beachten, dass das Vorliegen eines Interessenskonflikts für sich alleine nicht zwingend einen Organisationsmangel im Sinn von Art. 731b OR zur Folge habe. Der Gesuchsteller verkenne in diesem Zusammenhang die Begründungsanforderungen, da er lediglich einen Interessenkonflikt behauptete, aber nicht substantiiert darlege, inwiefern die Interessen der Nebenintervenientin 1 und der Gesuchsgegnerin gegenläufig seien und inwiefern dies einen Organisationsmangel darstellen solle. Zudem würden sich die Zivil- und Strafverfahren auf die Subgesellschaften der Gesuchsgegnerin und nicht auf die Gesuchsgegnerin selbst beziehen, weshalb bereits deshalb kein Interessenkonflikt bei der Gesuchsgegnerin bzw. der Nebenintervenientin 1 gegeben sein könne (act. 1/1 E. 7.2).

### **E. 7.3.3**

Der Gesuchsteller macht geltend, es sei vorliegend erstellt, dass die Nebenintervenientin 1 als einzige Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin sowie auch einzige Verwaltungsrätin ihrer Subgesellschaften (anmassend) amte und es keine anderen Verwaltungsräte gebe. Er habe zudem ausreichend dargelegt, dass ein Strafverfahren mit der Verfahrensnummer SU \_\_\_\_\_ der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz gegen die Nebenintervenientin 1 betreffend ungetreue Geschäftsbesorgung, Urkundenfälschung, Erschleichung einer falschen Beurkundung und Widerhandlung gegen das AHVG, alles zum Nachteil der Gesuchsgegnerin, eröffnet worden sei, welches bis heute weiterlaufe. Insbesondere seien die Eröffnungsanzeigen der Staatsanwaltschaft Schwyz eingereicht worden, aus welchen klar hervorgehe, dass dieses Strafverfahren SU \_\_\_\_\_ sowohl betreffend Erschleichung einer falschen Beurkundung wie auch betreffend Widerhandlung gegen das AHVG und Urkundenfälschung gegen die Nebenintervenientin 1 eröffnet worden sei. Beides sei ausreichend im Gesuch dargelegt worden, inklusive klarer Konkretisierung, welche Sachverhalte zu diesem Strafverfahren geführt hätten. Entgegen der zudem unrichtigen Sachverhaltsfeststellung beziehe sich dieses Verfahren nicht nur auf alle Subgesellschaften

der Gesuchsgegnerin, sondern genau- so auch auf sie selbst. Dies sei von ihm klar behauptet und mit den eingereichten Beweisof- ferten auch klar belegt worden. Bereits aus der angerufenen Gesuchsbeilage 30 ergebe sich eindeutig, dass sich die unrechtmässige Statutenänderung durch die Nebenintervenientin 1 (nämlich die Abschaffung der Revisionsstelle bei allen Subgesellschaften der Gesuchsgeg- nerin durch die Nebenintervenientin 1 in den Jahren 2021 und 2022) zum Nachteil der Ge-

Seite 19/28 suchsgegnerin auswirken würden. Der Grund dafür sei offensichtlich und vom Gesuchsteller auch vorgebracht worden: Ohne Revision, sprich unabhängige Drittprüfung der Rechnungs- legung, hätten die Gesuchsgegnerin und auch alle ihre Share- und Stakeholder keine Kon- trolle, was finanziell tatsächlich auf der Stufe ihrer 100%igen Subgesellschaften passiere. Es sei daher erstellt, dass betreffend den Tatbestand des Erschleichens einer falschen Beur- kundung sich die Nebenintervenientin 1 und die Gesuchsgegnerin im Strafverfahren SU \_\_\_\_\_ als Beschuldigte und potenziell Geschädigte gegenüberstünden (act. 1 Rz 45 f.). Weiter habe er insbesondere konkret im Sinne eines Interessengegensatzes, der die Vertre- tung der Gesuchsgegnerin durch die Nebenintervenientin 1 unmöglich mache, dargelegt, dass die unrechtmässige Rückführung der AHV-Gelder durch die Nebenintervenientin 1 zu "verzinslichen Rückforderungsansprüchen" der Ausgleichskasse Zug gegen die Gesuchs- gegnerin führen würde, sprich zu einer vermögensrechtlichen Schädigung der Gesuchsgeg- nerin und ihrer Subgesellschaften. Und genau dies sei mit den Veranlagungsverfügungen der Ausgleichskasse Zug im Dezember 2022 auch geschehen. Damit sei der objektive Tatbe- stand, der im Strafverfahren SU \_\_\_\_\_ gegen die Nebenintervenientin 1 untersucht werde, grundsätzlich erfüllt. Die Nebenintervenientin 1 habe daher offensichtlich das Interesse, dieses Verhalten möglichst zu negieren, zu kaschieren und zu kolludieren, um eine straf- rechtliche Verurteilung abzuwenden. Vor diesem Hintergrund könne es nicht erstaunen, dass sich die Gesuchsgegnerin und ihre Subgesellschaften im Strafverfahren offenbar nicht ver- nehmen liessen und auch über keinen Rechtsvertreter in diesem Strafverfahren verfügen würden (act. 1 Rz 47). Auch betreffend den Sachverhaltskomplex bezüglich Statutenänderungen bei den Tochter- gesellschaften mit anschliessender Abschaffung der Revisionspflicht bei den Tochtergesell- schaften, der dazu führe, dass sich die Nebenintervenientin 1 als Beschuldigte und die Ge- suchsgegnerin als Geschädigte gegenüberstünden, bestehe ein unlösbarer Interessenkon- flikt, so dass die Nebenintervenientin 1 in diesem Strafverfahren sicherlich nicht die Ge- suchsgegnerin und ihre Subgesellschaften vertreten könne. Letztere seien in diesem Straf- verfahren handlungs- und funktionsunfähig. Es bedürfe daher für eine objektive und unab- hängige Vertretung im Strafverfahren SU \_\_\_\_\_ zwingend eines Sachwalters. Es sei of- fensichtlich, dass die Gesuchsgegnerin, die faktisch einzig durch die Nebenintervenientin 1 vertreten werde, sich ansonsten in diesen Strafverfahren gar nicht äussere bzw. sogar de- struktiv wirke und einzig die Interessen der Nebenintervenientin 1 vertrete (act. 1 Rz 47 f.) Die Vorinstanz habe zudem auch die weiteren Vorbringen des Gesuchstellers unbeachtet ge- lassen, dass im laufenden Strafverfahren SU \_\_\_\_\_ auch der Straftatbestand betreffend Widerhandlung gegen das AHVG und Urkundenfälschung gegen die Nebenintervenientin 1 zum Nachteil der "Gesellschaften" untersucht werde. Dabei handle es sich um einen weite- ren Tatsachenkomplex zum Nachteil aller Gesellschaften, mithin der Gesuchsgegnerin und all ihrer Subgesellschaften, wie der Gesuchsteller dies inklusive detaillierter Informationen in der eingereichten Strafanzeige dargelegt habe. Er habe deutlich beschrieben und belegt, dass die Nebenintervenientin 1 im April und August 2020

unrechtmässig AHV-Beiträge zurückgefordert habe. Er habe betreffend die Gesuchsgegnerin sogar einzeln konkretisiert, inwiefern diese "Lohnumdeklarationen" und damit Rückforderungen der Nebenintervenientin 1 wahrheitswidrig (sprich entgegen der effektiven Auszahlung/Entschädigung durch die Gesuchsgegnerin) stattgefunden hätten. Genau wegen dieser "unrechtmässigen (ohne

Seite 20/28 Rechtsgrundlage und über die Verjährungsfrist von 5 Jahren zurück) Rückforderungen von AHV-Geldern bis ins Jahr 2014 zurück durch die Nebenintervenientin 1 im Jahr 2020" werde das Strafverfahren SU \_\_\_\_\_ ebenfalls gegen die Nebenintervenientin 1 geführt. Auch hier sei die Gesuchsgegnerin klar Geschädigte dieses unrechtmässigen Verhaltens, das mit grosser Wahrscheinlichkeit unter anderem verzinssliche Rückforderungsansprüche auslösen und den betroffenen Gesellschaften (unter anderem der Gesuchsgegnerin) dadurch zum Schaden gereichen werde (act. 1 Rz 51 f.).

#### **E. 7.3.4**

Die Gesuchsgegnerin bestreitet einen qualifizierten Interessenkonflikt bei der Nebenintervenientin 1 und macht geltend, die Strafanzeigen zum Strafverfahren betreffend ungetreue Geschäftsbearbeitung, Urkundenfälschung, Erschleichung einer falschen Beurkundung und Widerhandlung gegen das AHVG hätten sich nicht auf die Gesuchsgegnerin bezogen. Zudem habe sie in Bezug auf das Strafverfahren betreffend Erschleichung einer falschen Beurkundung dargelegt, dass die Nebenintervenientin 1 im angeblichen Tatzeitpunkt Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin gewesen sei, was auch der Gesuchsteller vorbehaltlos bestätigt habe. Aus alledem folge ohne Weiteres, dass der Nebenintervenientin 1 in jedem Fall auch der relevante Vorsatz bzw. eine relevante Absicht gefehlt habe (act. 9 Rz 30).

#### **E. 7.3.5**

Soweit der Gesuchsteller sich in seiner Berufung auf seine Stellungnahme vom 4. Januar 2023 (Vi act. 36) bezieht, ist zu beachten, dass diese Eingabe nach Aktenschluss im vorinstanzlichen Verfahren erfolgt ist und von der Vorinstanz für unbeachtlich erklärt wurde (vgl. act. 1/1 E. 2.2 Abs. 2). Diese vorinstanzliche Erwägung blieb seitens des Gesuchstellers in der Berufung unbestritten, weshalb auf diese Ausführungen nicht weiter einzugehen ist. Ebenfalls ist auf die Noveneingabe des Gesuchstellers vom 20. März 2023 nicht weiter einzugehen. Der Gesuchsteller führt zwar aus, am Nachmittag des 9. März 2023 habe die 3. Abteilung der Staatsanwaltschaft Schwyz dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers, Rechtsanwalt R. \_\_\_\_\_, per E-Mail bestätigt, dass im Verfahren SU \_\_\_\_\_ gegen die Nebenintervenientin 1 unter anderem wegen der falschen Lohnumdeklarationen der Gesuchsgegnerin (durch die Nebenintervenientin 1) eine Strafuntersuchung eingeleitet worden sei. Die eindeutige Antwort der Staatsanwaltschaft Schwyz im Strafverfahren SU \_\_\_\_\_ vom 9. März 2023 sei aufgrund entsprechender konkreter Nachfrage durch Rechtsanwalt R. \_\_\_\_\_ am 28. Februar 2023 erfolgt. Die Antwort der Staatsanwaltschaft Schwyz habe zudem auf eine Anzeige vom 3. Januar 2023 referenziert, welche die illegalen Handlungen der Nebenintervenientin 1 der Staatsanwaltschaft nochmals ergänzend zur Anzeige gebracht habe. Die Nachfrage bei der Staatsanwaltschaft Schwyz vom 28. Februar 2023 sei erforderlich gewesen, da die Vorinstanz sich erwägungsweise auf den haltlosen und nicht fundierten Standpunkt gestellt habe, dass sich die Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin 1 auf die

Subgesellschaften und nicht die Gesuchsgegnerin (als Geschädigte) beziehen würden. Diese Tatsache (Bestätigung der Staatsanwaltschaft) sowie das zugehörige Beweismittel (E-Mail) seien ohne Verzug vorgebracht worden, nachdem sie dem Gesuchsteller zur Kenntnis gebracht worden seien, und hätten trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden können, da sie erst am 9. März 2023 entstanden seien (act. 4 Rz 2 f.). Dem kann nicht gefolgt werden. Bei der Antwort der Staatsanwaltschaft Schwyz vom 9. März 2023 handelt es sich um eine Tatsache, die nur deshalb (vermeintlich) neu war, weil sie erst

Seite 21/28 dann vom Gesuchsteller bzw. von Rechtsanwalt R. \_\_\_\_\_ aufgrund der Anfrage vom 28. Februar 2023 geschaffen wurde. Ob diese (vermeintliche) Neuigkeit entstand, hing ausschliesslich vom Willen des Gesuchstellers ab (sog. Potestativ-Novum). Entsprechend hätte der Gesuchsteller darlegen müssen, dass er trotz zumutbarer Sorgfalt dieses Novum nicht schon vorher hätte vorbringen bzw. schaffen können (vgl. BGE 146 III 416 E. 5.3). Der Gesuchsteller macht diesbezüglich lediglich geltend, dass er die Bestätigung der Staatsanwaltschaft Schwyz trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz habe vorbringen können, da sie erst am 9. März 2023 entstanden sei. Weshalb es ihm aber nicht möglich war, eine solche Bestätigung bereits im vorinstanzlichen Verfahren erhältlich zu machen und beizubringen, zumal die Anzeige, auf der die Bestätigung der Staatsanwaltschaft basiert, vom 3. Januar 2023 und somit noch vor Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens datiert, legt er nicht dar. Entsprechend stellt diese Tatsache kein zulässiges Novum dar und sie ist folglich nicht zu beachten.

#### **E. 7.3.6**

Aus den vom Gesuchsteller im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Belegen geht zwar hervor, dass gegen die Nebenintervenientin 1 ein Strafverfahren von der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz eröffnet wurde (Vi act. 1/22 und 1/30). Es ist jedoch festzuhalten, dass das Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin 1 betreffend ungetreue Geschäftsbesorgung eingestellt wurde (Vi act. 26/32). Weiter kann der sich bei den Akten befindenden Strafanzeige des Gesuchstellers gegen die Nebenintervenientin 1 vom 7. April 2022 entnommen werden, dass sich die vorgeworfene Urkundenfälschung sowie Widerhandlung gegen das AHVG auf Handlungen der Nebenintervenientin 1 als Vertreterin der N. \_\_\_\_\_ AG, der O. \_\_\_\_\_ AG und der P. \_\_\_\_\_ AG bezog (vgl. Vi act. 1/21). Auch das Strafverfahren betreffend Erschleichen einer falschen Beurkundung betrifft gemäss Schreiben der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz vom 1. Juli 2022 Vorgänge bei der O. \_\_\_\_\_ AG und der N. \_\_\_\_\_ AG (Vi act. 1/30). Folglich ist der vorinstanzliche Schluss, dass das Strafverfahren SU \_\_\_\_\_ in Bezug auf die der Nebenintervenientin 1 vorgeworfenen Straftaten nicht die Gesuchsgegnerin betreffen und daher ein Interessenkonflikt bereits deshalb ausscheidet, nicht zu bemängeln. Der Gesuchsteller behauptet zwar weiter, die bei den Subgesellschaften der Gesuchsgegnerin vorgenommenen Statutenänderungen würden sich zum Nachteil der Gesuchsgegnerin auswirken. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Weder kann – wie vom Gesuchsteller behauptet – der Gesuchsbeilage 30 (Vi act. 1/30) entnommen werden, dass die Statutenänderungen bei der O. \_\_\_\_\_ AG und der N. \_\_\_\_\_ AG sich zum Nachteil der Gesuchsgegnerin auswirken würden, noch hat der Gesuchsteller in seiner Berufung substantiiert dargelegt, weshalb die Gesuchsgegnerin durch die Statutenänderungen bei gewissen ihrer Subgesellschaften sowie bei Verzicht auf die Durchführung einer Revision geschädigt sein sollte. Vielmehr beschränkt sich der Gesuchsteller darauf, dies pauschal zu

behaupten und den Grund als "offensichtlich" zu nennen. Die Tatsache, dass keine "Drittüberprüfung" der Jahresrechnung stattfindet (vgl. act. 1 Rz 46), führt jedoch nicht automatisch zu einer Schädigung. Zudem behauptet der Gesuchsteller auch nicht, dass die Nebenintervenientin 1 in der Vergangenheit die Rechnungslegung nicht korrekt vorgenommen hätte und daher eine Gefährdung der Gesuchsgegnerin vorliegen sollte. Sollte zudem die Behauptung des Gesuchstellers zutreffen, dass es sich bei den Subgesellschaften um inaktive Gesellschaften handle (Vi act. 1 Rz 186), müssten die Anzahl Buchungen bei den Subgesellschaften überschaubar

Seite 22/28 und überprüfbar sein und es könnten durch den Verzicht auf die Durchführung einer Revision sogar Kosten eingespart werden. In seinem Gesuch vom 5. August 2022 behauptete der Gesuchsteller zudem auch, dass die Nebenintervenientin 1 mit einem "Lohnnachtrag" gegenüber der Ausgleichskasse Zug seine Lohnbezüge bei der Gesuchsgegnerin "massiv nach unten" korrigiert habe (Vi act. 1 Rz 89), und reichte als Beweismittel AHV-Abrechnungen ein, die er als "Manipulationen" bezeichnete (act. 1/16). Er legte aber in seinem Gesuch vom 5. August 2022 weder dar, dass er eine entsprechende Strafanzeige gegen die Nebenintervenientin 1 aufgrund dieser Handlungen eingereicht hatte, noch dass ein Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin 1 von der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz bezüglich Urkundenfälschung aufgrund der Rückführung von AHV-Geldern an die Gesuchsgegnerin eröffnet wurde. Er beschränkte sich auf blosser Mutmassungen und zeigte nicht auf, wie die ursprünglichen Lohnmeldungen – die angeblich massiv nach unten korrigiert wurden – ausgesehen haben, weshalb die von der Nebenintervenientin 1 vorgenommenen Korrekturen nicht zulässig gewesen und die Interessen der Gesuchsgegnerin und jene der Nebenintervenientin 1 gegenläufig sein sollen. Es mag zwar sein, dass die korrigierten Lohnmeldungen nicht die tatsächlich von der Gesuchsgegnerin an den Gesuchsteller bezahlten Beträge aufführten. Ob jedoch die tatsächlich überwiesenen Beträge auch rechtmässig waren, wird noch vom Gericht zu klären sein (vgl. Vi act. 1 Rz 49). Sollten aber unrechtmässige Entschädigungen von der Gesuchsgegnerin an den Gesuchsteller ausgerichtet worden sein, läge es im Interesse sowohl der Gesuchsgegnerin als auch im Interesse von deren Aktionären, dass diese an die Gesuchsgegnerin zurückbezahlt würden. In Bezug auf die angeblich unrechtmässige Rückführung der AHV-Gelder durch die Nebenintervenientin 1 ist daher nicht ersichtlich, weshalb sie die Interessen der Gesuchsgegnerin nicht vertreten könnte. Schliesslich ist zu beachten, dass das Strafverfahren SU \_\_\_\_\_ von der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz geführt wird und eine potentiell Geschädigte nicht verpflichtet ist, sich in einem solchen Verfahren anwaltlich vertreten zu lassen (vgl. act. 1 Rz 47 f.). Aus der blossen Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin keine anwaltliche Vertretung für dieses Strafverfahren bestellt hat, kann demnach nicht gefolgert werden, die Gesuchsgegnerin, vertreten durch die Nebenintervenientin 1, wirke destruktiv in diesem Verfahren (vgl. act. 1 Rz 48).

### **E. 7.3.7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der Gesuchsteller darauf beschränkt, den bei der Nebenintervenientin 1 angeblich bestehenden Interessenkonflikt mit der Eröffnung eines Strafverfahrens zu begründen. Dies alleine genügt jedoch nicht, um einen qualifizierten Interessenkonflikt zu belegen. Dazu müsste der Gesuchsteller substantiiert darlegen, aus welchen Gründen es der Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin nicht möglich sein sollte, die Interessen der Gesuchsgegnerin unabhängig zu vertreten, weshalb

also von einer Funktionsunfähigkeit des Organs und damit der Gesellschaft auszugehen wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_412/2020 vom 16. September 2020 E. 4.3.2). Da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unabhängige Vertretung ausgeschlossen ist, ist ein qualifizierter Interessenkonflikt bei der Nebenintervenientin 1, der eine Organtätigkeit bei der Gesuchsgegnerin ausschliessen würde, zu verneinen.

#### **E. 7.3.8**

Der Vollständigkeit halber ist auf den Vorwurf des Gesuchstellers einzugehen, dass sich die Vorinstanz auch auf Stufe der Subgesellschaften der Gesuchsgegnerin mit seinen vorgebrachten Behauptungen und Beweismittellofferten hätte auseinandersetzen müssen und

Seite 23/28 Organisationsmängel bei den Subgesellschaften hätte erkennen und diese im Interesse der Allgemeinheit hätte heilen müssen (act. 1 Rz 50). Bestehen bei einer Gesellschaft Mängel in der Organisation, so kann nach Art. 731b Abs. 1 OR ein Aktionär oder ein Gläubiger dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Obwohl das Organisationsmängelverfahren vom Offizialgrundsatz beherrscht ist (vgl. BGE 138 III 407 E. 2.3), führt dies nicht dazu, dass ein Gericht von Amtes wegen tätig wird. Es bedarf zwingend eines Antrags eines Aktionärs oder eines Gläubigers. Das Gesuch des Gesuchstellers vom 5. August 2022 hat sich ausschliesslich gegen die Gesuchsgegnerin gerichtet (vgl. Vi act. 1 S. 1). Da die Subgesellschaften der Gesuchsgegnerin nicht Parteien dieses Verfahrens waren, ist die Vorinstanz zu Recht nicht auf allfällige

Organisationsmängel bei diesen Gesellschaften eingegangen. Hinzu kommt, dass der Gesuchsteller nicht behauptet hat, Aktionär oder Gläubiger der Subgesellschaften und somit berechtigt zu sein, ein Verfahren gemäss Art. 731b OR gegen die Subgesellschaften der Gesuchsgegnerin anzuheben.

#### **E. 7.4**

Nachdem bei der Nebenintervenientin 1 kein qualifizierter Interessenkonflikt besteht, rechtfertigt es sich, diese als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin mit Einzelunterschrift einzusetzen, um den Organisationsmangel des fehlenden Verwaltungsrats zu beseitigen. Von der Einsetzung eines Sachwalters kann abgesehen werden. Der Nebenintervenientin 1 kommen die gleichen Rechte, Pflichten und Aufgabenbereiche zu wie denjenigen Verwaltungsräten, die ordentlicherweise von der Generalversammlung bezeichnet worden sind (vgl. Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 217 f.). Im Speziellen ist sie aber verpflichtet, innert nachstehend noch festzulegender Frist gesetzes- und statutenkonform zu einer Generalversammlung einzuberufen, an der die Wahl des Verwaltungsrates traktandiert ist. Im Gegensatz zu einer Einberufung einer Generalversammlung durch den Richter wird damit der Organisationsmangel rasch beseitigt. Weiter wird dadurch der Mangel auch endgültig beseitigt, da keine weitere Inanspruchnahme des Gerichts notwendig scheint. Dabei ist unerheblich, dass vorliegend zwischen den beiden Hauptaktionären Streit besteht, zumal der Mangel in der Organisation zu heilen und nicht etwa ein Konflikt zwischen Aktionären beizulegen ist, genauso wenig wie mit der Massnahme Fehler, Verantwortlichkeiten oder Verdienste zu klären sind (Urteile des Bundesgerichts 4A\_499/2019 vom 25. März 2020 E. 4.3 und 4A\_51/2017 vom 30. Mai 2017 E. 6). Da bei der Gesuchsgegnerin keine Pattsituation im Aktionariat vorliegt (der Gesuchsteller sowie die Nebenintervenientin 1 verfügen über je 45 % der Aktien und die dritte Aktionärin über 10 % der Aktien), ist davon auszugehen, dass in Zukunft an Generalversammlungen Beschlüsse gefasst werden können. Somit erlangt die Ge-

suchsgegnerin mit dieser Massnahme nicht nur vorübergehend eine mängelfreie Organisation, sondern kann diese grundsätzlich auch beibehalten. Die Nebenintervenientin 1 ist bereits seit dem Jahr 2013 Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin. Sie benötigt keine Einarbeitung. Zudem wird sie als Verwaltungsrätin unbestrittenermassen von der Mehrheit der Aktionäre getragen (vgl. Vi act. 26 Rz 66). Selbst der Gesuchsteller hat die Nebenintervenientin 1 – zumindest bis Anfang des Jahres 2022 – vorbehaltlos als Verwaltungsrätin akzeptiert. Die Einsetzung einer unbeteiligten Drittperson als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung käme einem Leerlauf gleich, da – aufgrund der Beteiligungsverhältnisse bei der Gesuchsgegnerin – davon auszugehen ist, dass in diesem Fall die Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin gewählt würde (vgl. Vi act. 26 Rz 66).

Seite 24/28

### **E. 7.5**

Ernennt der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter, so bestimmt er die Dauer für welche die Ernennung gültig ist (Art. 731b Abs. 2 OR). Der Zweck dieser Regelung besteht darin, dass nicht das Gericht anstelle der eigentlich dafür zuständigen gesellschaftsinternen Organe die dauerhafte Ernennung der Organe vornehmen soll; das heisst, es soll durch das Gericht lediglich eine Lösung ad interim geschaffen werden. Langfristig betrachtet soll die Gesellschaft wieder selbst aktiv werden und die Bestellung ihrer Organe und somit die Ausübung der gesellschaftsrechtlichen Funktionen – in eigenständiger und vom Staat unabhängiger Art und Weise – übernehmen (Schönbächler, a.a.O., S. 234). In casu ist eine Einsatzdauer von längstens sechs Monaten nach Rechtskraft dieses Urteils angezeigt (dahingehend auch der Subeventualantrag der Gesuchsgegnerin). Damit kann im Verlaufe dieses Zeitraums das notwendige Mitglied des Verwaltungsrats der Gesuchsgegnerin im Rahmen einer ordentlichen oder ausserordentlichen Generalversammlung gewählt werden. Die Kosten für die angeordnete Massnahme gehen zulasten der Gesuchsgegnerin und diese ist gerichtlich zu verpflichten, einen Vorschuss zu leisten (vgl. Art. 731b Abs. 2 Satz 2 OR). Mangels Angaben in den Rechtsschriften zur Höhe des Verwaltungsrats honorars ist der Vorschuss ermessensweise auf CHF 5'000.00 festzulegen.

### **E. 8**

Im Folgenden ist auf die vom Gesuchsteller erwähnte Erbrechtssituation und den damit verbundenen Antrag auf Auflösung der Gesellschaft einzugehen.

#### **E. 8.1**

Die Vorinstanz hielt dazu fest, dass bei der Gesuchsgegnerin weder eine Pattsituation noch ein Organisationsmangel zufolge einer Pattsituation vorliege, weshalb eine Auflösung nicht gerechtfertigt wäre. Die Nebenintervenientin 1 und AC. \_\_\_\_\_ könnten aufgrund ihrer Aktienmehrheit entscheiden, weshalb keine Blockade vorliege. Unterschiedliche Ansichten zwischen dem Gesuchsteller als Aktionär sowie der Nebenintervenientin 1 und AC. \_\_\_\_\_ als Aktionärinnen der Gesuchsgegnerin würden nicht bereits zu einer Pattsituation führen (act. 1/1 E. 8.2).

#### **E. 8.2**

Der Gesuchsteller rügt, er habe mit seinem Gesuch dargelegt, weshalb eine nicht mehr zumutbare Situation in der Organisation der Gesuchsgegnerin vorliege. Es bestünden offen-

sichtlich mehrere Organisationsmängel in der ganzen Gruppe (der Gesuchsgegnerin und ihren Subgesellschaften), da über Jahre einfach keine Generalversammlung mehr stattgefunden hätten. Die anderen beiden Aktionäre würden dies gemeinsam offensichtlich nicht sehen wollen oder würden dieses Faktum ignorieren und dem Gesuchsteller stattdessen Rechtsmissbrauch vorhalten. Die Ausübung seiner Aktionärsrechte sei ihm in allen Bereichen der gesetzlich erlaubten Information und Mitwirkung seit 2019 stets verweigert worden. Die Gesuchsgegnerin verfolge ihren gesetzmässigen Zweck nicht mehr und verfüge über keine operative (kaufmännische) Tätigkeit mehr, was er rechtsgenügend behauptet habe und von den Gegenseiten nicht habe widerlegt werden können. Die Vorinstanz habe sich dazu nicht geäussert beziehungsweise sich nicht ansatzweise damit auseinandergesetzt und insofern den Sachverhalt unrichtig festgestellt und auch das rechtliche Gehör des Gesuchstellers verletz (act. 1 Rz 55 f.). Er habe im Gesuch zusätzlich ausgeführt, dass die Nebenintervenientin 1 am 31. Mai 2022 der Versammlung Jahresrechnungen der Gesuchsgegnerin basierend auf veränderten Jahresabschlüssen der Subgesellschaften seit 2016 zur Abnahme habe vorlegen wollen. Dies

Seite 25/28 obschon für diese Jahre bereits rechtsgültige Generalversammlungen und Abnahmen von Abschlüssen für die Subgesellschaften bestanden hätten. Solche "finanziellen Umschreibungen" der Vergangenheit, wie sie an der Versammlung vom 31. Mai 2022 hätten stattfinden sollen, seien gesetzlich unzulässig. Vorliegend sei daher auch die Buchhaltung und Rechnungslegung (einzig der Vergangenheit) willkürlich (durch Eigenregie der Nebenintervenientin 1) und insbesondere nicht gemäss den gesetzlichen Anforderungen geführt und ohne Gesetzesgrundlage umgestaltet worden, was ein weiteres, massives organisatorisches Versagen darstelle. Indem sich die Vorinstanz überhaupt nicht dazu geäussert habe, habe sie den Sachverhalt unrichtig festgestellt und dem Gesuchsteller das rechtliche Gehör verweigert (act. 1 Rz 58 f.). Die Vorinstanz habe selbst davon gesprochen, dass bei einer AG mit mehrfachen Organisationsmängeln beziehungsweise einem "Deadlock", der vorliegend auf Ebene der beiden qualifizierten Aktionäre (zwischen der Nebenintervenientin 1 und dem Gesuchsteller) bestehe, an eine Übernahme der Aktien des einen Aktionärs durch den anderen durch richterliche Anordnung zu denken wäre. Die Vorinstanz sei nicht darauf eingegangen. Obergerichtlich sei doch im Interesse aller darauf hinzuweisen, dass dieser Weg ebenfalls sachlich wie rechtlich zu prüfen sei. Er habe angesichts der organisatorischen Missstände beantragt, die Organisationsmängel rechtlich korrekt heilen zu lassen und die ausstehenden Geschäftsberichte der Gesuchsgegnerin (seit 2016) rechtlich korrekt durch einen Sachwalter innert 6 Monaten oder gerichtlich zu setzender Frist zu erstellen und anschliessend von einer einzusetzenden Revisionsstelle revidieren zu lassen. Sollte die Herstellung des korrekten organisatorischen Zustands auf Ebene der formellen Organe und der korrekten Geschäftsberichtserstattung nicht realisierbar sein, dann müsse der Gesuchsteller durch gerichtliche Anordnung als mildestes Mittel aus der Gesuchsgegnerin rechtlich wie finanziell ausgelöst werden (act. 1 Rz 61 f.)

### **E. 8.3**

Die in Art. 731b Abs. 1bis OR genannten Massnahmen stehen in einem Stufenverhältnis. Das Gericht soll die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Ziff. 3 erst anordnen, wenn die milderen Massnahmen gemäss Ziff. 1 und 2 nicht genügen oder erfolglos geblieben sind. Es gilt mithin das Verhältnismässigkeitsprinzip. Nur wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen, kommt als ultima ratio die

Auflösung der Gesellschaft zur Anwendung. Dies ist etwa der Fall, wenn Verfügungen nicht zustellbar sind oder wenn sich die Gesellschaft in keiner Art und Weise vernehmen lässt (BGE 141 III 43 E. 2.6; 138 III 294 E. 3.1.4 je mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 8.4**

Vorliegend kann der Organisationsmangel – wie bereits ausgeführt (E. 7.4) – mit Einsetzung der Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin rasch und endgültig behoben werden. Eine Auflösung ist demnach nicht erforderlich. Auch die Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin als Holdinggesellschaft darüber hinaus weiterhin ihren gesetzmässigen Zweck – selbst der Gesuchsteller hält dafür, dass die Gesuchsgegnerin Beteiligungen an Tochtergesellschaften hält (vgl. act. 1 Rz 13) – verfolgt, spricht gegen die vom Gesuchsteller geforderte Auflösung. Weiter ist zu beachten, dass fachliche Unfähigkeit bzw. fachliche Schwächen oder missliebige Handlungen der Mitglieder des Verwaltungsrats – wie dies der Gesuchsteller im Zusammenhang mit Abänderungen von Jahresabschlüssen behauptet (vgl. 1 Rz 58) – keinen Organisationsmangel darstellen. Es geht nämlich nicht an, dass die Gerichte im Rahmen eines Organisationsklageverfahrens zu beurteilen haben, ob aus Sicht der juristischen Person für ihr wirtschaftliches Gedeihen sinnvollere Entscheide hätten gefällt werden können, geschweige

Seite 26/28 denn, bei Bejahung dieser Frage, entsprechende Massnahmen anzuordnen. Es gehört demnach keineswegs zur gerichtlichen Aufgabe, wirtschaftliche Entscheidungen bewerten zu müssen. Einen Organisationsmangel anzunehmen, nur weil das einzige Organmitglied seine Arbeit schlecht oder unrechtmässig verrichtete bzw. das Unternehmen schlecht führte, ist mit der Intention des Gesetzgebers in Art. 731b OR nicht zu vereinbaren. Selbstverständlich können aber Mitglieder des Verwaltungsrats für ihre allenfalls fragwürdigen Geschäftsentscheide und mangelhafte Führung auf anderen Wegen juristisch zur Rechenschaft gezogen werden (Schönbächler, a.a.O., S. 109 f.; Urteil des Obergerichts Zug Z2 2020 15 vom 1. Juli 2020 E. 4.5.1). Der Gesuchsteller sowie die Nebenintervenientin 1 halten zwar jeweils 45 % der Aktien der Gesuchsgegnerin und weisen demnach je eine qualifizierte Beteiligung auf. Dies führt jedoch – entgegen der Ansicht des Gesuchstellers – nicht zu einem "Deadlock", der die Führung der Gesuchsgegnerin dauerhaft unmöglich machen und unter gewissen Umständen eine gerichtliche Anordnung der Übernahme der Aktien des einen Aktionärs durch den anderen rechtfertigen würde. Da sowohl der Gesuchsteller wie auch die Nebenintervenientin 1 jeweils zusammen mit AC. \_\_\_\_\_ über die Mehrheit der Aktien der Gesuchsgegnerin verfügen, können in einer Generalversammlung Entscheide getroffen werden. Eine Blockade besteht nicht. Der Gesuchsteller behauptet denn auch nicht, dass die Aktienstimmen von AC. \_\_\_\_\_ nicht ausgeübt werden. Da somit Beschlüsse in einer Generalversammlung gefasst werden können, wäre die gerichtliche Verpflichtung eines Aktionärs zur Übernahme der Aktien eines anderen Aktionärs nicht das mildeste Mittel zur Behebung des Organisationsmangels und daher unverhältnismässig. Es mag zwar sein, dass der Gesuchsteller in Generalversammlungen der Gesuchsgegnerin von den beiden anderen Aktionärinnen überstimmt wird. Dies ist jedoch kein Organisationsmangel. Dadurch, dass mit der Einsetzung der Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin wieder zu Generalversammlungen eingeladen werden kann, an denen – unter anderem – auch über die Abnahme von Jahresrechnungen Beschluss gefasst werden kann, erübrigen sich weitere Ausführungen zu einer rechtlichen und finanziellen Auslösung des Gesuchstellers.

## **E. 9**

Zusammenfassend erweist sich die Berufung bezüglich des Bestehens eines Organisationsmangels als begründet, weshalb sie teilweise gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben ist. Neu ist die Nebenintervenientin 1 für die Dauer von rund sechs Monaten als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin einzusetzen. Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen.

## **E. 10**

Abschliessend ist über die Prozesskosten zu befinden.

### **E. 10.1**

Diese sind nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (vgl. Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Gesuchsteller obsiegt mit seinem Antrag, wonach der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben sei. Hingegen unterliegt er in Bezug auf seinen Rückweisungsantrag und die von ihm beantragten Massnahmen. Die Gesuchsgegnerin unterliegt, was den Organisationsmangel des fehlenden Verwaltungsrats betrifft. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin je hälftig aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen. Mangels eines entsprechenden Antrags und aus Gründen der Billigkeit sind den Nebenintervenienten

Seite 27/28 keine Gerichtskosten aufzuerlegen, wobei sie jedoch für ihre Parteikosten (ebenfalls) selbst aufzukommen haben (vgl. Art. 106 Abs. 3 ZPO).

### **E. 10.2**

Für das erstinstanzliche Verfahren setzte die Vorinstanz die Gerichtskosten auf CHF 9'500.00 fest (act. 1/1 E. 11.3). Die Höhe der Gerichtskosten blieb unangefochten. Bei einem Streitwert von CHF 500'000.00 (act. 1 Rz 5) beläuft sich die ordentliche Entscheidgebühr im Rechtsmittelverfahren auf CHF 17'500.00 (vgl. § 11 Abs. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 KoV OG). Da es sich um ein summarisches Verfahren handelt, ist die Gebühr ermessensweise auf rund drei Viertel davon, das heisst auf CHF 13'000.00, zu reduzieren (vgl. § 12 Abs. 1 KoV OG). Urteilsspruch 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird der Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 24. Februar 2023 aufgehoben und wie folgt ersetzt: " 1.1 Die Nebenintervenientin 1 wird per 4. Juli 2023 bis längstens 31. Dezember 2023 oder – wenn eine Beschwerde an das Bundesgericht eingereicht wird – bis längstens sechs Monate ab Erhalt des Bundesgerichtsurteils als Verwaltungsrätin mit Einzelunterschrift der Gesuchsgegnerin eingesetzt, unter anderem mit der Verpflichtung, die Aktionäre der Gesuchsgegnerin zu einer Generalversammlung einzuladen, an der die Wahl des Verwaltungsrates traktandiert ist, und diese Generalversammlung durchzuführen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.